

SULLO STATUTO COSTITUZIONALE DELLA RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE PIÙ FAVOREVOLE (*)

*Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale
e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*

di Francesco Viganò

SOMMARIO: 1. La grande domanda sullo sfondo della sentenza n. 236/2011. – 2. La specifica questione sottoposta alla Corte. – 2.1. L'opinione tradizionale sul fondamento costituzionale del principio di retroattività della norma più favorevole in materia penale. – 2.2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale a metà dello scorso decennio. – 2.3. L'impatto della sentenza *Scoppola c. Italia*. – 2.4. I termini di una decisione difficile. – 3. La decisione della Corte. – 3.1. Le coordinate generali relative ai rapporti tra le due Corti che fanno da sfondo alla decisione. – 3.2. Il primo argomento: il principio della retroattività della norma penale più favorevole affermato in sede europea è suscettibile di deroghe. – 3.3. Il secondo argomento: il principio della retroattività della norma penale più favorevole affermato in *Scoppola* non si estende alle norme in materia di prescrizione. – 4. Osservazioni critiche. – 4.1. Principio di legalità in materia penale e disciplina della prescrizione. – 4.2. Sulla derogabilità del principio di retroattività della norma penale più favorevole. – 5. Qualche considerazione conclusiva sullo stato dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU

1. La grande domanda sullo sfondo della sentenza n. 236/2011

In che misura la Corte costituzionale italiana deve ritenersi vincolata alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo? E, più in radice, esiste davvero un tale vincolo?

Il problema, sulla base del testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, potrebbe avere al più un oggetto assai limitato: l'art. 46 CEDU impone alle Alte Parti contraenti (in tutti i loro poteri e articolazioni, ivi compresa la Corte costituzionale) l'obbligo di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti». L'eventuale vincolo, dunque, parrebbe riferirsi soltanto al *caso* concreto deciso dalla Corte EDU.

(*) *Questo lavoro è destinato agli Scritti in onore del prof. Valerio Onida, di prossima pubblicazione.*

Secondo però le cruciali sentenze ‘gemelle’ del 2007, le n. 348 e 349, le cose stanno molto diversamente. Dopo avere richiamato l’art. 32 CEDU, a tenore del quale «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli», la sent. 348/2007 così prosegue: «poiché le norme giuridiche vivono nell’interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall’art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, *nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una *funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea*, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia»¹. Fa eco a queste affermazioni il passo corrispondente della sent. 349/2007: «l’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme [della CEDU e dei suoi protocolli addizionali] è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. *La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall’interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo*, cui spetta la parola ultima [...]. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest’ultima, *così come interpretata dal “suo” giudice*, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale»².

Nel sistema delineato dalle sentenze ‘gemelle’, dunque, le norme della CEDU e dei protocolli addizionali divengono parametro ‘interposto’ (in quanto implicitamente richiamate dall’art. 117 co. 1 Cost.) di legittimità costituzionale, *nell’estensione loro attribuita dalla giurisprudenza della Corte EDU*; mentre la Corte costituzionale si riserva soltanto un controllo di ultima istanza sulla compatibilità di tali norme (e della loro interpretazione autoritativa datane a Strasburgo) con la stessa Costituzione italiana, della quale viene pur sempre riaffermato il rango sovraordinato rispetto agli obblighi internazionali gravanti sul legislatore ordinario.

Un simile riconoscimento non è, peraltro, pacifico. Come è noto, una parte importante della dottrina italiana non si stanca di sottolineare che la Corte EDU è giudice del caso concreto, e che le sue decisioni sono spesso il frutto di bilanciamenti che valorizzano le peculiarità del caso sottoposto al suo esame, al punto che sarebbe errato voler trarre dalle sue decisioni criteri vincolanti per la soluzione di casi futuri; e ciò soprattutto quando i pretesi ‘precedenti’ siano pronunciate in procedimenti ai quali lo Stato italiano sia rimasto estraneo, l’apprezzamento di una violazione convenzionale riferendosi sempre a un *determinato contesto* ordinamentale, caratterizzato da specifici

¹ C. cost. 348/2007, «considerato in diritto» n. 4.6.

² C. cost. 249/2007, «considerato in diritto» n. 6.2.

pesi e contrappesi dei quali la Corte EDU terrebbe conto in ogni singola sua decisione, e che non potrebbero essere meccanicamente trasposti in contesti differenti³.

Una recentissima sentenza della Corte costituzionale – la n. 236/2011, avente ad oggetto un tema di diritto penale sostanziale quale il principio di retroattività della norma penale più favorevole – offre anche a chi scrive l'occasione per esprimere la propria opinione in materia, ed aggiungere così un minuscolo tassello in onore di un grande studioso, da sempre attento osservatore delle interazioni tra diritto costituzionale italiano e diritto sovranazionale dei diritti umani.

2. La specifica questione sottoposta alla Corte

Una disposizione transitoria della c.d. legge “ex Cirielli” (l'art. 10 co. 3 della legge n. 251/2005) prevede che i nuovi *termini di prescrizione del reato* da tale legge introdotti, se più brevi di quelli previgenti, *non si applichino ai processi già pendenti in grado di appello o di cassazione*. La legittimità costituzionale di tale disposizione, già affermata dalla sentenza n. 72/2008 della Corte costituzionale in relazione al parametro dell'art. 3 Cost., viene nuovamente posta in dubbio dalla seconda sezione penale della Corte di cassazione e da due corti territoriali in relazione all'art. 117 co. 1 Cost. e – mediamente – all'art. 7 § 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU segnatamente nella sentenza *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009.

2.1. – *L'opinione tradizionale sul fondamento costituzionale del principio di retroattività della norma più favorevole in materia penale.* – Al centro della discussione è qui il principio di *retroattività della norma penale più favorevole*: in particolare, il suo fondamento costituzionale e la sua (eventuale) derogabilità.

E' opinione pressoché unanime della dottrina penalistica italiana che il principio della retroattività della norma penale più favorevole, riconosciuto con qualche eccezione dall'art. 2 co. 2 e seguenti del codice penale, non sia del tutto sprovvisto di fondamento costituzionale, ma che tale fondamento vada individuato non nel principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. (come invece accade per il principio di *irretroattività* della norma penale più sfavorevole), bensì nel più generale principio di *eguaglianza-ragionevolezza* di cui all'art. 3 Cost.⁴, risultando per l'appunto

³ Così, ad es., Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3573; Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 204.

⁴ Così, *ex multis*, De Vero, *La legge penale*, in Palazzo-Paliero (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. I, 2011, p. 50 ss.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2009, p. 76; Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale*, III ed., 2009, p. 88; Padovani, *Diritto penale*, XI ed., 2008, p. 38; Palazzo, *Corso di diritto penale*, III ed., 2008, p. 149; Pecorella, *Art. 2*, in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., vol. I, n. 7; Pulitanò, *Diritto penale*, III ed., 2009, p. 170. Un'ampia analisi, anche comparatistica, del problema è fornita da Scoletta, *Principe de retroactivité favorable et illicéité de la lex mitior dans la perspective européenne*, in Arroyo Zapatero-Nieto Martín, *European Criminal Law: An Overview*, 2010, p. 337 ss.

irragionevole continuare a punire chi avesse commesso il fatto contravvenendo a una legge penale successivamente abrogata, ovvero continuare a punirlo con la pena prevista al momento della commissione del fatto, ma successivamente sostituita – prima della conclusione del processo – con una pena più mite. Si ritiene infatti che sia *discriminatorio* punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato; e che *a fortiori* risulti discriminatorio che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale, ancora in ragione soltanto del diverso *tempus commissi delicti*. Piuttosto – e fermo restando il principio di garanzia secondo cui nessuno può essere sottoposto a una pena non prevista al momento della commissione del fatto, o a una pena più grave di quella allora prevista (art. 25 co. 2 Cost.) – si afferma generalmente la necessità che la pena sia *proporzionata al disvalore del fatto commesso così come valutato dal legislatore al momento dell'infrazione della pena*, imponendosi addirittura la revoca della sentenza di condanna già passata in giudicato nel caso estremo in cui il fatto commesso cessi di costituire reato per effetto di una mutata valutazione legislativa, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice violata (così come disposto dall'art. 673 c.p.p.).

La fondamentazione del principio di retroattività della norma penale più favorevole nell'art. 3 anziché nell'art. 25 co. 2 Cost. segna però al tempo stesso il *limite della tutela costituzionale* del principio⁵: mentre l'irretroattività *in peius* della norma penale è unanimemente considerata quale principio assoluto e non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali, in quanto «essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale»⁶, le esigenze di eguaglianza-ragionevolezza sottese alla retroattività *in bonam partem* della legge penale sono sempre apparse aperte a possibili *bilanciamenti*, affidati in prima battuta al legislatore ordinario. Così, ad es., lo stesso art. 2 co. 4 c.p. oppone il *limite del giudicato* alla rilevanza *in bonam partem* di una successione di leggi penali non già abolitiva (come nel caso previsto dall'art. 2 co. 2 e dallo stesso art. 673 c.p.p.), ma meramente *modificativa* della disciplina previgente, facendo così prevalere le esigenze di economia processuale e di certezza dei rapporti giuridici sull'obiettivo, perseguito di massima dall'art. 2 c.p., di evitare disparità di trattamento tra più condannati per la stessa violazione e l'esecuzione di pene ormai eccessive rispetto alla gravità della violazione, così come attualmente percepita⁷. Ancora, l'art. 2 co. 5 c.p. sottrae alla disciplina generale della retroattività *in melius* le leggi eccezionali e temporanee, con una scelta sempre passata sostanzialmente indenne al vaglio della dottrina.

⁵ Così, in particolare, C. cost. n. 394/2006, «considerato in diritto» n. 6.4

⁶ C. cost. n. 394/2006, *ibidem*.

⁷ Tale deroga è stata ritenuta costituzionalmente legittima, proprio sulla base di questi argomenti, da C. cost., sent. n. 74/1980.

2.2. *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale a metà dello scorso decennio.* – La situazione comincia a mutare, presso la nostra giurisprudenza costituzionale, proprio sotto l'influsso di fattori sovranazionali: fonti pattizie e arresti di corti internazionali.

Nel 2005 la Corte di giustizia delle (allora) Comunità europee attribuisce alla retroattività della norma penale più favorevole il rango di *principio generale del diritto comunitario*, dichiarando per l'effetto irricevibile il rinvio pregiudiziale sottopostole da vari giudici italiani avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario della nuova disciplina dei reati societari introdotta dal legislatore italiano nel 2002⁸.

Con la sentenza n. 393 del 2006, ad appena un anno di distanza dalla pronuncia della Corte di giustizia, la nostra Corte costituzionale conferma l'inquadramento del principio in parola nell'alveo dell'art. 3 Cost.; ma al tempo stesso afferma che, stante l'ormai diffuso riconoscimento internazionale di tale principio (testimoniato, oltre che dalla citata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), eventuali *deroghe* a tale principio sono legittime «solo *in favore di interessi di analogo rilievo* (quali – a titolo esemplificativo – quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo) [...]». Con la conseguenza che lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reso deve superare un *vaglio positivo di ragionevolezza*, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole⁹.

Sulla scorta di tale più stringente *test*, la Corte dichiara in quell'occasione l'illegittimità costituzionale proprio dell'articolo 10 co. 3 della legge “*ex Cirielli*” nella parte in cui derogava alla retroattività dei nuovi e più favorevoli termini di prescrizione rispetto ai processi in corso di svolgimento in primo grado per i quali fosse già stato aperto il dibattito: scansione processuale, questa, che la Corte ritiene scarsamente significativa, anche perché non presente nei riti alternativi con i quali si definisce un gran numero di procedimenti in primo grado.

Ad un esito opposto conduce l'adozione del medesimo *test* nella successiva sentenza n. 72/2008, avente ad oggetto la medesima norma, nella parte in cui esclude dall'operatività dei nuovi e più favorevoli termini di prescrizione i procedimenti già pendenti in grado di appello o di cassazione: qui la deroga al principio di retroattività della norma penale più favorevole supera il vaglio positivo di ragionevolezza, in funzione dell'interesse «ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute» nei precedenti gradi di giudizio, e così a tutelare «interessi di rilievo

⁸ Corte di giustizia CE (Grande sezione), *Berlusconi e a.*, sent. 3 maggio 2005 (cause riunite C-387/02, C-391-02 e 403/02).

⁹ C. cost. n. 393/2007, «considerato in diritto» n. 6.3.

costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)»¹⁰.

2.3. *L'impatto della sentenza Scoppola c. Italia.* – Come anticipato, le carte vengono tuttavia nuovamente rimescolate dalla sentenza della Corte EDU *Scoppola c. Italia* (n. 2), del settembre 2009. In quest'occasione, la maggioranza dei giudici della Grande camera – alla quale la causa era stata rimessa in considerazione dell'importanza del punto di diritto oggetto della controversia – si discosta espressamente dalla propria precedente giurisprudenza e afferma, per la prima volta, che il principio di cui all'art. 7 § 1 della Convenzione «*guarantees not only the principle of non-retrospectiveness of more stringent criminal law but also, and implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law. That principle is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant*»¹¹.

La riconduzione, ad opera dei giudici di Strasburgo, del principio di retroattività della legge penale più favorevole all'area di tutela dell'art. 7 CEDU non è evidentemente senza conseguenze sul piano del diritto costituzionale italiano, spalancando la possibilità – puntualmente colta dalla seconda sezione penale della Cassazione e da varie giurisdizioni di merito – di invocare questa volta l'art. 117 co. 1 Cost. a supporto di nuove questioni di legittimità costituzionale del citato articolo 10 co. 3 della legge “ex Cirielli”: la deroga alla retroattività delle più favorevoli disposizioni in materia di prescrizione deve essere, secondo questa prospettiva, considerata incostituzionale non in quanto irrispettosa del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., sia pure nella versione ‘rafforzata’ inaugurata con la sent. 393/2006; bensì in quanto contraria all'obbligo internazionale gravante sullo Stato italiano di rispettare l'art. 7 CEDU, così come autoritativamente interpretato dal “suo” giudice – la Corte di Strasburgo, appunto.

2.4. *I termini di una decisione difficile.* – Sullo sfondo sin qui ricostruito, tutt'altro che agevole si presentava la decisione della Corte costituzionale.

¹⁰ C. cost. n. 72/2008, «considerato in diritto» n. 12, con nota adesiva di Pulitanò, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. Cost.*, 2008, II, p. 946 ss.

¹¹ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), sent. 17 settembre 2009 (ric. n. 10249/03), § 109. Su tale sentenza cfr. *ex multis* – nella dottrina italiana – Gambardella, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.; e, in senso critico, Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 397 ss. Critiche sull'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU operato dalla maggioranza sono del resto anche le opinioni dissenzienti nella sentenza, le quali sottolineano l'arbitrarietà dell'operazione interpretativa effettuata dalla Corte, in assenza di dati testuali a supporto (e in assenza, aggiungiamo, di un adeguato apparato argomentativo sulla *ratio* del nuovo diritto fondamentale ‘scoperto’ dalla maggioranza medesima: per qualche accenno sul punto cfr. *infra*, §).

Per cominciare, non era seriamente discutibile l'intrinseca ragionevolezza della disposizione impugnata, già riconosciuta dalla Corte nella sentenza n. 72/2008. La norma, nella misura in cui escludeva i processi pendenti in grado di appello e di cassazione dalla mannaia rappresentata dai nuovi più brevi termini di prescrizione introdotti dalla legge "ex Cirielli", in effetti *limitava i danni* di un improvvido intervento legislativo, che – lungi dal determinare alcun effetto virtuoso in termini di accelerazione dei tempi di definizione dei processi penali nel nostro paese – aveva prodotto soltanto la morte anticipata di una quantità di processi già istruiti, e spesso già conclusi con sentenze di condanna in primo o addirittura in secondo grado. Un risultato, questo, a tacer d'altro diametralmente contrario a quello che la sentenza n. 236/2011 definisce ora – credo per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale in questo contesto – come il principio di "effettività del diritto penale"¹²: l'esigenza cioè, sottesa allo stesso principio di legalità nella sua funzione sistemica, che la norma penale sia *effettivamente applicata* ai responsabili della sua violazione, quale condizione minima perché la norma penale medesima possa esplicare la sua primaria funzione generalpreventiva, e perché possa essere ricomposta la frattura creatasi all'interno del corpo sociale (*in primis* tra la vittima e il reo) in seguito alla commissione del reato.

Tuttavia, la questione posta dai giudici remittenti in relazione all'art. 117 co. 1 Cost. era assai seria. Sulla base dei principi posti dalle sentenze n. 348 e 349/2007, poi costantemente riaffermati dalla giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale non può fornire una *propria* interpretazione delle garanzie convenzionali, ma è tenuta a *recepire* la lettura fornitane dal loro giudice naturale, la Corte di Strasburgo; la quale, per l'appunto, ha affermato nel caso *Scoppola* che tra le garanzie assicurate dall'art. 7 CEDU – una delle poche norme della Convenzione per la quale non è ammissibile alcuna limitazione o deroga, nemmeno in situazioni di guerra o di emergenza (art. 15 CEDU) – rientra anche il diritto all'applicazione retroattiva della norma più favorevole, tra tutte quelle succedutesi dalla commissione del fatto al passaggio in giudicato della sentenza. Un diritto, dunque, apparentemente formulato in via *assoluta* dai giudici europei, e pertanto *prima facie chiuso a possibili bilanciamenti*, nemmeno con controinteressi di pari rilevanza come quelli consentiti nel quadro del "vaglio positivo di ragionevolezza" inaugurato con la sentenza n. 393/2006.

Naturalmente, restava aperta per la Corte la strada estrema dei 'controlimiti': l'opzione, cioè, di ritenere la lettura dell'art. 7 CEDU fornita da Strasburgo *in contrasto con la Costituzione italiana*, e di rigettare per questa via la questione di legittimità prospettata. Ma una simile strada passava per la precisa indicazione di un interesse di rango costituzionale le cui ragioni di tutela potessero plausibilmente essere ritenute dalla Corte *necessariamente prevalenti* rispetto non ad un qualsiasi altro interesse di rango costituzionale, ma a un vero e proprio *diritto fondamentale della persona* all'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole, ormai riconosciuto in sede europea. La Corte costituzionale avrebbe, insomma, dovuto sostenere che la norma impugnata – pur assunta come *lesiva di quel diritto fondamentale* riconosciuto dalla CEDU – fosse *non già* espressione di una legittima scelta discrezionale del

¹² C. cost. n. 236/2011, «considerato in diritto» n. 13.

legislatore, ma fosse addirittura costituzionalmente imposta dalla necessità di salvaguardare il controinteresse in gioco, assunto come di maggiore rilevanza rispetto allo stesso diritto fondamentale dell'imputato. E che ciò potesse tranquillamente affermarsi in relazione a un interesse dopo tutto sprovvisto di *esplicita* copertura costituzionale come la "non dispersione dell'attività processuale svolta" e ai vari interessi finali sottesi (in genere richiamati in pochissime righe dalle sentenze della Corte, senza alcun serio sforzo di elaborazione), era tutt'altro che scontato.

Per la verità, la possibilità per la Corte di far quadrare il cerchio – 'salvando' la norma impugnata senza contraddire l'insegnamento di Strasburgo – non poteva dirsi del tutto preclusa. Nella stessa sentenza *Scoppola*, la Corte EDU aveva in effetti chiarito che il principio di retroattività della norma penale più favorevole, così come il complesso delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, si applica soltanto alle norme di diritto penale *sostanziale*, non a quelle di natura processuale¹³; e tra queste ultime aveva espressamente menzionato le norme in materia di *prescrizione* del reato, sulla base di un proprio precedente – *Coëme c. Belgio* – nel quale era stato addirittura ritenuto che *non* configurasse alcuna violazione convenzionale l'*allungamento* dei termini di prescrizione di reati per i quali era ancora in corso il processo¹⁴. In quell'occasione, la strada per i giudici europei era stata invero spianata dalla qualificazione della prescrizione come istituto processuale da parte della stessa legislazione belga; ma tale qualificazione avrebbe ovviamente potuto essere disattesa dalla Corte, che da ormai molti decenni utilizza nozioni *autonome* di pena e di processo penale proprio per evitare elusioni delle garanzie convenzionali mediante la semplice apposizione di etichette da parte del legislatore nazionale. Di qui la possibile conclusione: la Corte europea *non* richiede che le regole sulla prescrizione, che la Corte medesima ritiene attinenti alla materia processuale, siano assoggettate al principio di retroattività della norma più favorevole per il reo; *ergo*, risulta infondata la pretesa di derivare un simile obbligo dall'art. 7 CEDU così come interpretato da *Scoppola*, e per questa via di dedurre l'illegittimità costituzionale di una norma interna che, come l'art. 10 co. 3 della legge "ex Cirielli", pone limiti alla retroattività di modifiche *in bonam partem* del regime della prescrizione.

All'accoglimento di un simile argomento pareva, tuttavia, ostare la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, che – a differenza di quanto si è visto accadere in sede europea – è ferma nel ritenere le norme sulla prescrizione parte integrante della *legge penale*, e come tali soggette al principio di legalità e a tutti i suoi corollari di cui all'art. 25 co. 2 Cost.¹⁵ Di qui l'ovvia obiezione: se le norme sulla prescrizione costituiscono parte integrante della legge penale, esse devono essere soggette a *tutte* le garanzie che non solo la Costituzione, ma anche *le fonti internazionali*

¹³ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., § 110.

¹⁴ Corte EDU, *Coëme e a. c. Belgio*, sent. 22 giugno 2000 (ric. n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96), §§ 149-150.

¹⁵ Con conseguente inammissibilità di questioni di illegittimità costituzionale tendenti ad ampliare, *in malam partem*, i termini di prescrizione, come da ultimo ribadito, in termini netti, da C. cost., sent. n. 324/2008, "considerato in diritto" n. 5. Mai, fino ad ora, la giurisprudenza costituzionale ha avuto di confrontarsi, in materia di prescrizione, con questioni di legittimità fondate sull'art. 117 co. 1 Cost.

da essa richiamate tramite l'art. 117 co. 1 prevedono appunto per la materia penale, compresa la necessaria *retroattività* della "legge penale" più favorevole imposta dall'art. 7 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU. La strada obbligata per la Corte pareva così essere quella descritta nella sent. n. 317/2009, ove – nel delineare il rapporto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte EDU – si era testualmente osservato che «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»¹⁶.

3. La decisione della Corte

Vediamo, allora, come la Corte sia pervenuta alla decisione – che è, conviene anticiparlo subito, di *rigetto* della prospettata questione di legittimità costituzionale.

3.1. *Le coordinate generali relative ai rapporti tra le due Corti che fanno da sfondo alla decisione.* – La sentenza affronta anzitutto di petto il problema del vincolo della Corte costituzionale alla giurisprudenza di Strasburgo, da un lato ribadendo l'insegnamento delle sentenze n. 348 e 349/2007, poi costantemente reiterato, relativo alla propria impossibilità di «sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo: le norme della CEDU devono quindi essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹⁷. Dall'altro lato, però, la pronuncia riprende una formulazione contenuta nella già citata sentenza n. 317/2009, secondo cui alla Corte costituzionale spetta «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»¹⁸, traendone l'ulteriore implicazione che al giudice delle leggi italiano «compete [...] di *apprezzare* la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da *rispettarne la sostanza*, ma con un *margin*e di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi»¹⁹.

L'esercizio di un tale "margin

e di apprezzamento e di adeguamento" si impone dunque anche rispetto al precedente *Scoppola*, invocato dai giudici remittenti, rispetto al quale la Corte poco più innanzi sottolinea che, pur trattandosi di una sentenza che «tend[e] ad assumere un valore generale e di principio», essa «resta pur sempre *legata alla concretezza della situazione che l'ha originata*: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola

¹⁶ C. cost. n. 317/2009, "considerato in diritto" n. 7.

¹⁷ C. cost., sent. n. 236/2011, "considerato in diritto" n. 9.

¹⁸ C. cost., sent. n. 317/2009, "considerato in diritto" n. 7.

¹⁹ C. cost., sent. n. 236/2011, "considerato in diritto" n. 9. Il criterio del rispetto della "sostanza" della giurisprudenza europea è testualmente ripreso dalla sentenza C. cost. n. 311/2009, "considerato in diritto" n. 6.

vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione [dalla Corte costituzionale], nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio»²⁰.

3.2. *Il primo argomento: il principio della retroattività della norma penale più favorevole affermato in sede europea è suscettibile di deroghe.* – Sulla base di queste coordinate generali relative ai rapporti tra le due giurisdizioni, la Corte costituzionale passa ad affrontare il nodo centrale della legittimità di eventuali *deroghe*, da parte del legislatore ordinario, al principio della retroattività della norma penale più favorevole: deroghe che la stessa Corte aveva, come abbiamo visto, avallato nel quadro del “vaglio positivo di ragionevolezza” di cui all’art. 3 Cost., ma che devono ora potersi giustificare anche al metro dell’art. 117 co. 1 Cost. e, per suo tramite, dell’art. 7 CEDU così come interpretato dal diritto di Strasburgo.

L’itinerario argomentativo prescelto dalla Corte è quello di *recepire*, in linea di principio, l’insegnamento della Corte EDU, senza percorrere la strada impervia dell’individuazione nel caso di specie di ‘controlimiti’ di matrice costituzionale interna alla penetrazione del diritto di Strasburgo nel nostro ordinamento. Al tempo stesso, però, la Corte costituzionale si sforza di *interpretare* la stessa giurisprudenza europea, *circoscrivendone* la portata ed individuando così *limiti impliciti* allo stesso principio enunciato nella sentenza *Scoppola*: muovendosi così *sul piano dello stesso diritto convenzionale*, destinato poi ad essere importato – *in esito* alla lettura restrittiva fornitane dalla stessa Corte costituzionale, nella propria indubbia qualità di interprete *anche* del diritto convenzionale – nell’ordinamento interno per il tramite dell’art. 117 co. 1 Cost.

Più in particolare, la Corte italiana *esclude* che il principio di retroattività della norma più favorevole sia stato affermato in *Scoppola* come principio *non suscettibile di deroga alcuna*. «Nulla la Corte [europea] ha detto», osserva il nostro giudice delle leggi, «per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni: è un aspetto che la Corte non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare, date le caratteristiche del caso oggetto della sua decisione»²¹. Peraltro, la stessa sentenza *Scoppola* riconosce almeno un limite – quello del giudicato – all’operatività del principio in questione, riferendosi espressamente alle «leggi posteriori adottate *prima della pronuncia di una sentenza definitiva*», mostrando così – secondo la Corte costituzionale – di non attribuire al principio medesimo una portata davvero assoluta.

L’argomento decisivo speso dalla nostra Corte a sostegno di questa conclusione è però di ordine squisitamente testuale – nell’ottica, appunto, di una *esegesi* del precedente europeo. La sentenza *Scoppola* afferma che «infliggere una pena più severa *solo perché* essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in

²⁰ C. cost., sent. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 12.

²¹ C. cost., sent. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 13.

una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo»²², con conseguente violazione del principio di proporzione tra pena inflitta e gravità del fatto, così come apprezzata dal legislatore e dalla stessa collettività al momento del giudizio. Ma – chiosa con acribia la Corte costituzionale – «se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento del fatto, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti»²³.

Tra tali possibili ragioni la Corte enuncia, in particolare, la *disomogeneità dei contesti fattuali o normativi* in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo. Se, ad esempio, una disposizione penale più severa è adottata in relazione ad un contesto fattuale eccezionale che esige una risposta particolarmente energica, tale disposizione dovrà continuare ad applicarsi – in conformità a quanto previsto nel nostro ordinamento dall'art. 2 co. 5 c.p. – ai fatti commessi nel tempo in cui essa è rimasta in vigore anche laddove la norma, cessata la situazione eccezionale, sia stata sostituita da una meno severa, o da una norma che addirittura depenalizza la condotta in questione: «alla eccezionalità della situazione esistente al momento della commissione del fatto [...] deve corrispondere il trattamento che il legislatore ritiene adeguato ad essa e non l'altro, successivo, più favorevole, dettato per una situazione di normalità»²⁴.

Proprio la disomogeneità del contesto in cui operano le due disposizioni succedutesi in materia di prescrizione, nella specifica questione sottoposta all'esame della Corte, giustifica allora la deroga al principio di retroattività delle disposizioni, più favorevoli, introdotte dalla legge “ex Cirielli”: mentre la loro retroattività si impone, come la stessa Corte aveva ritenuto nella sentenza n. 393/2006, in relazione a tutti i processi ancora pendenti in primo grado, suscettibili di essere definiti prima che decorrano i nuovi termini di prescrizione mediante una riorganizzazione dei tempi e delle attività processuali, la soluzione opposta trova una consistente giustificazione in relazione ai processi pendenti ormai in grado di appello e di cassazione, quando una simile riorganizzazione non sarebbe più possibile, con conseguente definitiva dispersione delle attività istruttorie e degli accertamenti di responsabilità già compiuti nei precedenti gradi di giudizio.

La Corte perviene, così, al *medesimo* risultato cui era pervenuta tre anni prima – nella sentenza n. 72/2008 – sulla base del parametro di cui all'art. 3 Cost., attraverso una *lettura restrittiva dell'obbligo internazionale* che vincola il nostro ordinamento ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.: una lettura restrittiva che, valorizzando un (di per sé equivoco) dato testuale della stessa sentenza *Scoppola*, spalanca la possibilità di ammettere deroghe al principio affermato dalla Corte EDU, sulla base di bilanciamenti del tutto analoghi a quelli già compiuti in passato dalla Corte costituzionale entro lo schema nostrano del “vaglio positivo di ragionevolezza”.

²² Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., § 108.

²³ C. cost., sent. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 13.

²⁴ C. cost., sent. n. 236/2011, “considerato in diritto” n. 13.

3.3. *Il secondo argomento: il principio della retroattività della norma penale più favorevole affermato in Scoppola non si estende alle norme in materia di prescrizione.* – A questa prima linea argomentativa la Corte affianca l'ulteriore – e in sé assorbente – osservazione per cui il principio della retroattività della norma penale più favorevole affermato in *Scoppola non si estende*, così come del resto la generalità dei principi incorporati nell'art. 7 CEDU, *alle norme in materia di prescrizione*. Tali principi si applicano infatti, secondo la consolidata giurisprudenza europea, soltanto alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono; e questa limitazione trova altresì conferma, osserva la nostra Corte, negli articoli 15 del Patto internazionale e 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riferiti entrambi alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve». Tant'è vero che, come ho già avuto modo di rammentare, la Corte europea ebbe ad escludere addirittura la necessaria applicazione del principio di *irretroattività* della norma penale in un caso concernente una modifica *in malam partem* dei termini di prescrizione del reato.

Tale osservazione consente alla Corte costituzionale di escludere, anche in questo caso, che l'obbligo convenzionale sancito in *Scoppola* si ponga in contrasto, ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost., con la norma di legge impugnata, la quale in realtà si pone *al di fuori* – secondo lo stesso diritto di Strasburgo – *della sfera di applicazione dell'art. 7 CEDU*. L'unico parametro rilevante per la verifica della sua legittimità costituzionale resta pertanto, nel diritto interno, quello di cui all'art. 3 Cost., rispetto al quale la Corte aveva – però – già espresso una valutazione di compatibilità nella propria precedente sentenza n. 72/2008.

4. Osservazioni critiche

Come valutare, allora, questa (certamente sofferta) decisione della Corte costituzionale?

Converrà distinguere i profili attinenti alla specifica questione affrontata – e dunque direttamente attinenti al principio della retroattività della norma penale più favorevole –, ai quali sarà dedicato il presente paragrafo, da quelli più generali concernenti il rapporto tra le due Corti, che affronterò nel paragrafo conclusivo di questo contributo, ove cercherò di fornire una (provvisoria) risposta all'interrogativo dal quale ho preso la mosse.

4.1. *Principio di legalità in materia penale e disciplina della prescrizione.* – Ineccepibile, ripeto, mi pare la soluzione fornita dalla sentenza in esame rispetto al rapporto tra principio di retroattività della norma penale più favorevole, così come enunciato in *Scoppola*, e disciplina della prescrizione del reato: l'esame della giurisprudenza di Strasburgo evidenzia senza equivoci, come la stessa sentenza *Scoppola* ribadisce, che il principio da essa enunciato *non* si estende alle norme in materia di prescrizione, considerate dalla Corte EDU come attinenti alla materia

processuale piuttosto che sostanziale, alla pari delle norme sulla valutazione della prova: norme dunque rette, di regola, dall'opposto principio *tempus regit actum*²⁵.

Nessuna contraddizione sorge, a questo punto, con l'idea – espressa con forza dalla già rammentata sentenza n. 317/2009 della Corte costituzionale – della “massima espansione delle tutele” dei diritti fondamentali risultante dalla compenetrazione ‘virtuosa’ delle due giurisprudenze. La massima espansione delle tutele si raggiunge dando piena attuazione nell'ordinamento interno al principio della retroattività della norma penale più favorevole, nella (limitata) estensione in cui tale principio è effettivamente riconosciuto dall'ordinamento convenzionale; e continuando al contempo ad assicurare alle norme in materia di prescrizione (non coperte dall'art. 7 CEDU) le garanzie già riconosciute dalla nostra giurisprudenza costituzionale sotto l'ombrello dell'art. 3 Cost., che sotto questo profilo conferisce al singolo una protezione più ampia di quella offerta dalla Convenzione (nel cui ambito l'esigenza di tutela dell'individuo contro modificazioni arbitrarie e irragionevoli – specie se *in malam partem* – della disciplina della prescrizione potrebbe essere fornita, al più, dal diritto dell'imputato a un ‘processo equo’, ai sensi dell'art. 6 CEDU).

Anzi: sono personalmente convinto che la Corte costituzionale potrebbe in futuro osare di più, e spingersi a ripensare alla congruità della propria consolidata giurisprudenza in tema di prescrizione del reato, sinora sempre considerata come attinente al principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25 co. 2 Cost. Che la disciplina della prescrizione debba essere sottoposta al complesso di garanzie cui sono sottoposte l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti e delle relative sanzioni penali è, in effetti, principio non solo *non imposto in sede europea*, ma anche assai *discutibile sotto il profilo del suo fondamento razionale*, come una parte autorevole della dottrina italiana ha da tempo acutamente posto in luce²⁶. Se è, infatti, sacrosanto che il cittadino debba essere posto in condizione, al momento della commissione del fatto, di prevedere *an e quantum* della futura sanzione penale, non si vede perché debba essere tutelato altresì l'affidamento che egli possa nutrire nel venir meno della pretesa punitiva statale decorso un certo periodo di tempo. La determinazione concreta del ‘tempo dell'oblio’ dipende da valutazioni che legittimamente possono mutare con il passare del tempo, in relazione alle circostanze concrete nelle quali si innesta la pretesa punitiva statale, non potendosi affatto escludersi *a priori* che il bisogno di punizione di crimini gravi – e magari di accertamento processuale particolarmente complesso – persista anche a notevole distanza di tempo dalla commissione di un fatto per il quale, *allora*, era previsto un termine di prescrizione troppo breve rispetto alle mutate esigenze della società. Il che è, in effetti, accaduto e tuttora accade in tutto il mondo in relazione a crimini contro l'umanità, che spesso non possono essere perseguiti con la necessaria tempestività in assenza delle necessarie condizioni istituzionali e politiche

²⁵ Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), cit., § 110, e *ivi* ult. richiami alla pertinente giurisprudenza.

²⁶ Cfr. ampiamente, sul punto, Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, p. 262 ss., cui si rinvia per ult. ind. bibl. Più di recente cfr., in senso analogo, Pulitanò, *Deroghe alla retroattività in mitius della disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 200 ss.; Id., *Retroattività favorevole*, cit., p. 946 ss.

per una efficace repressione, ma le cui ferite drammatiche permangono nella società anche dopo molti decenni dalla loro commissione: tanto da rendere perfettamente razionale la soluzione, fornita da altre giurisprudenze costituzionali²⁷ oltre che dalla stessa Corte di Strasburgo, di considerare legittimo l'allungamento retroattivo dei termini di prescrizione, in genere alla sola condizione che il termine *non sia in concreto già maturato* per il singolo indagato o imputato (in tal caso, e solo in tal caso, dovendo prevalere l'esigenza di rispettare il 'diritto quesito' dell'imputato ad essere risparmiato dalla pretesa punitiva statale)²⁸.

La nostra Corte costituzionale potrebbe, del resto, avere nel prossimo futuro l'occasione per rimeditare sullo *status* costituzionale della disciplina della prescrizione, in relazione a un'eccezione di illegittimità costituzionale degli articoli 157 e ss. c.p. sollevata dalla Procura generale di Genova e attualmente al vaglio della Corte di cassazione. La legittimità di tali norme è, in particolare, contestata nella parte in cui esse consentono agli autori di fatti di *tortura* – comunque qualificati ai sensi del diritto penale interno – di beneficiare della prescrizione, una tale conseguenza risultando in contrasto con gli obblighi, discendenti secondo la Corte di Strasburgo dall'art. 3 CEDU (e rilevanti nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.), di *processare e punire* gli autori di tali fatti, senza che la pretesa punitiva possa essere paralizzata da cause estintive quali l'amnistia o, per l'appunto, la prescrizione del reato²⁹. Ove tale questione di legittimità costituzionale fosse giudicata inammissibile dalla Corte costituzionale stante lo sbarramento dell'art. 25 co. 2 Cost (o, ancor prima, fosse ritenuta manifestamente infondata da parte della stessa Cassazione), inevitabile sarebbe la condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alla *mancata punizione*, per effetto di termini di prescrizione irragionevolmente brevi in rapporto alla gravità dei fatti e alla oggettiva complessità del loro accertamento, *della quasi totalità dei responsabili delle gravissime torture accadute nel 2001 a Bolzaneto e alla scuola Diaz*³⁰: una prospettiva, questa, sulla quale ritengo che le nostre massime giurisdizioni dovranno a fondo riflettere, per comprendere se davvero valga la pena di tutelare l'affidamento degli autori di simili violazioni nella propria futura impunità.

Un simile, sconcertante esito potrebbe essere invece essere agevolmente evitato qualora si avesse il coraggio di ammettere che *la prescrizione non ha proprio nulla a che*

²⁷ Cfr. in particolare BVerfE 25, p. 269 ss., su cui cfr. Marinucci-Dolcini, *Corso*, cit., p. 264, nota 33.

²⁸ Su questa condizione, cfr. ancora Marinucci-Dolcini, *Corso*, cit., p. 263.

²⁹ Sulla questione di legittimità sinteticamente illustrata nel testo cfr. più ampiamente Viganò, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, 2011, vol. IV, p. 2680 ss., e *ivi* per ogni necessario rif., anche alla giurisprudenza della Corte EDU in materia.

³⁰ Cfr. C. app. Genova, 5 marzo 2010 e C. app. Genova, 18 maggio 2010, entrambe pubblicate in www.penalecontemporaneo.it (in: novità legislative e giurisprudenziali/giurisprudenza di merito). Su queste brutte vicende, cfr. ampiamente Colella, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo attuale in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801 ss.

fare con la ratio del principio di legalità in materia penale, in tutti i suoi corollari. Ratio che è – essenzialmente – quella di garantire le libere scelte di azione del cittadino, ponendolo al riparo dal rischio di condanne imprevedibili al momento della commissione della condotta: e non quello di consentirgli di fare un improprio affidamento sull'immodificabilità della disciplina della prescrizione che, quale che ne sia la collocazione sistematica prescelta dal legislatore, incide sulle concrete condizioni della perseguibilità di un fatto il cui disvalore era chiaramente intelligibile, e il cui trattamento sanzionatorio era altrettanto ben conoscibile, al momento della sua commissione³¹.

4.2. *Sulla derogabilità del principio di retroattività della norma penale più favorevole.* – Qualche maggiore difficoltà genera, invece, l'affermata *derogabilità* del principio di retroattività della norma penale desunto in *Scoppola* dall'art. 7 CEDU: affermazione, questa, nella quale la Corte costituzionale si impegna nonostante il carattere assorbente dell'argomento testé esaminato, secondo cui la disciplina della prescrizione non ricade entro il raggio applicativo dello stesso art. 7 CEDU.

Prima di addentrarsi nella valutazione dell'argomentazione della Corte, conviene però sottolineare ancora una volta un dato: i nostri giudici costituzionali *recepiscono* integralmente il principio, affermato dalla Corte EDU in *Scoppola*, secondo cui l'art. 7 CEDU riconosce implicitamente il principio in questione. Il che significa che, d'ora in poi, anche lo *status* costituzionale della retroattività della norma penale più favorevole avrà come punto di riferimento non più (soltanto) il canone di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., bensì anche *lo stesso art. 7 CEDU*, attraverso l'intermediazione dell'art. 117 co. 1 Cost. – beninteso, nei limiti in cui tale principio è stato riconosciuto dalla Corte europea: e dunque con riferimento esclusivo alla successione di “disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono” intervenute prima della sentenza definitiva di condanna. Con l'ulteriore conseguenza, che dovrà essere ora interiorizzata anche dalla dottrina penalistica, che *eventuali deroghe a tale principio* – laddove ammissibili – *dovranno in futuro potersi giustificare altresì al metro e con la logica del diritto convenzionale*, e non meramente del diritto costituzionale interno.

La domanda che, allora, non può non porsi oggi è se, *dal punto di vista del diritto convenzionale*, sia condivisibile l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui il principio espresso in *Scoppola* sarebbe suscettibile di deroghe, allorché queste ultime siano sorrette – per riprendere l'espressione della Corte nostrana – da una “valida giustificazione”.

Al riguardo, credo possa legittimamente dubitarsi della cogenza della pur raffinata esegesi compiuta dalla Corte costituzionale, che fonda la propria tesi essenzialmente sull'avverbio “solo” («*for the sole reason*», nel testo ufficiale inglese) che compare al § 108 della sentenza della *Scoppola*, per derivarne la cruciale conseguenza – non esplicitata in alcun altro modo da quella sentenza – della derogabilità del principio affermato in termini apparentemente perentori al successivo § 109. L'argomento, ripeto, è acuto; ma certamente ardito.

³¹ Così, con esemplare efficacia, Corte EDU, *Coëme e a. c. Belgio*, cit., § 150.

Nella sostanza, intendiamoci, la nostra Corte ha ragioni da vendere: non persuade l'idea che, nella stessa ottica dei giudici di Strasburgo, il principio della retroattività della norma penale più favorevole debba valere incondizionatamente e senza eccezioni. Tuttavia, nemmeno persuade l'idea – che la Corte costituzionale sembra fare propria – secondo cui tale principio avrebbe una cogenza soltanto *tendenziale*, potendo essere sacrificato ogniqualvolta sussistano *valide ragioni giustificative*, liberamente apprezzabili dai giudici nazionali (costituzionali o ordinaria) secondo lo schema del 'vaglio positivo di ragionevolezza' inaugurato con la sentenza n. 393/2006: quasi come se la sentenza *Scoppola* non fosse mai stata pronunciata.

Una volta infatti riconosciuto che il principio di retroattività della legge penale più favorevole ha una *specifica copertura convenzionale* ai sensi dell'art. 7 CEDU, e che tale copertura si traduce nell'ordinamento interno in un corrispondente *vincolo costituzionale* ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost., il problema diviene piuttosto quello di articolare le ragioni per le quali – *già nell'ottica convenzionale*, cui il nostro ordinamento è a questo punto legato – almeno in talune *specifiche* situazioni (diverse ed ulteriori rispetto alla disciplina della prescrizione, per la quale il problema neppure sorge nell'ottica di Strasburgo) il principio in questione debba subire delle *deroghe*. Deroghe, ripeto, da giustificarsi *nell'ottica dello stesso diritto convenzionale*: con lo stessa logica, dunque, che sarebbe adottata dalla Corte di Strasburgo, una volta che il caso le fosse sottoposto da un (ipotetico) ricorrente italiano al quale venga negata per qualche ragione l'applicazione retroattiva di una disciplina penale più favorevole.

Invero, la specifica questione affrontata oggi dalla Corte costituzionale costituirebbe certamente un *caso facile* per la Corte EDU: il principio della retroattività della legge penale più favorevole non si estende infatti, per esplicita dichiarazione della sentenza *Scoppola*, alla disciplina della prescrizione, considerata come attinente alla materia processuale. A nulla varrebbe, pertanto, un eventuale ricorso a Strasburgo degli imputati nei processi *a quibus*, ai quali – sulla base della sentenza n. 236/2011 – sarà applicata la disciplina della prescrizione in vigore al momento della commissione del fatto, e non quella risultante dalle modifiche successive ad opera della legge "ex Cirielli".

La decisione dei giudici europei potrebbe invece essere più difficile rispetto ad altre ipotesi, che potrebbero in futuro esserle prospettate, nelle quali i giudici italiani dovessero riconoscere *ulteriori* deroghe al principio di retroattività della legge penale più favorevole.

Si pensi al seguito della questione recentemente decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 28/2010. Come molti ricorderanno, in quell'occasione fu dichiarata l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli articoli 11 e 117 co. 1 Cost. di una norma che, in violazione degli obblighi comunitari, sottraeva alla disciplina penale generale in materia di gestione dei rifiuti le ceneri di pirite. Nel caso di specie, la norma dichiarata incostituzionale era entrata in vigore *dopo* il fatto, che costituiva invece pacificamente reato al momento della sua commissione. Nonostante il (sibillino) richiamo della Corte al principio della necessaria retroattività della norma penale più favorevole tra tutte quelle entrate in vigore dopo la commissione del fatto, accompagnato peraltro dalla precisazione che «la valutazione del modo in cui il

sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità»³², il giudice *a quo* nel caso di specie *riconobbe la responsabilità dell'imputato* – sia pure assolvendolo per intervenuta prescrizione – *sulla base della disciplina penale vigente al momento della commissione del fatto*, rifiutando così di applicare in suo favore la norma più favorevole entrata in vigore successivamente e dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale³³. Pur dando puntualmente conto del principio enunciato dalla Corte EDU in *Scoppola*, il giudice di merito ritenne infatti che l'intervenuta dichiarazione di *illegittimità* della *lex mitior* successivamente intervenuta consentisse di *differenziare* il caso sottoposto al proprio esame rispetto a quello deciso dalla Corte europea, dovendo in ogni caso il giudice interno dare la prevalenza al principio statuito dagli artt. 136 co. 1 Cost. e 30 co. 3 legge n. 87/1953, secondo cui – come è noto – non può darsi applicazione alla legge dichiarata incostituzionale a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

Contrasta una simile decisione con il principio statuito in *Scoppola*? Ovvero essa si lascia legittimare al metro dello stesso diritto europeo, sulla base della distinzione operata dal giudice, secondo cui tale principio non può trovare applicazione nel caso (non espressamente considerato dalla Corte EDU) in cui la legge più favorevole sia stata nel frattempo dichiarata *illegittima* dalla Corte costituzionale?

La difficoltà di immaginare una risposta della Corte europea di fronte a una tale domanda dipende, a ben vedere, dall'estrema laconicità della sentenza *Scoppola* nel motivare quello che, dopo tutto, costituiva un principio affatto nuovo nella propria stessa giurisprudenza, sviluppato nella consapevole assenza di alcuna base testuale.

La Corte EDU si limita, in effetti, a giustapporre tre argomenti del tutto eterogenei. Il primo, sviluppato nel § 105 della motivazione, è di ordine meramente comparatistico, e si basa sulla considerazione che il principio della retroattività della legge più favorevole è ormai assistito da un ampio consenso internazionale, testimoniato da una pluralità di fonti pattizie (l'art. 15 del Patto, l'art. 49 § 1 della Carta, ma anche l'art. 9 della Convenzione americana dei diritti umani) e giurisprudenziali (dalla già menzionata sentenza *Berlusconi* della Corte di giustizia ad un caso deciso dalla Cassazione francese, passando per la giurisprudenza dei tribunali penali *ad hoc*). Il secondo argomento, appena accennato al § 108, fa leva sulla necessaria *prevedibilità* della sanzione penale: richiamo questo, peraltro, del tutto fuori luogo, dal momento che la prevedibilità della sanzione penale deve essere garantita *al momento della commissione del fatto*, mentre qui si discute della necessità di applicare retroattivamente norme più favorevoli entrate in vigore *dopo* la commissione del fatto. Il terzo, e

³² C. cost., sent. n. 28/2010, “considerato in diritto” n. 7.

³³ Trib. Venezia, sez. dist. Dolo, 13 maggio 2010, in www.penalecontemporaneo.it (in: reato e pene/legge penale). Lo stesso argomento normativo era stato del resto utilizzato dalla sentenza 394/2006 per giustificare l'inapplicabilità retroattiva di una legge più favorevole intervenuta successivamente al fatto, ma dichiarata per l'appunto incostituzionale (“considerato in diritto” n. 6.4).

apparentemente decisivo, argomento è enunciato invece in poche righe nello stesso § 108: la pena concretamente inflitta all'imputato deve essere *proporzionata* alla gravità del fatto come *oggi* apprezzata dallo Stato, e dalla collettività che lo Stato rappresenta.

Peccato però che l'argomento della proporzione della pena – invocato in vario modo anche nel dibattito italiano sul tema – non sia conferente rispetto all'ipotesi particolare in cui la disposizione più favorevole sia contenuta in una *lex intermedia*, che non era (ancora) in vigore al momento della commissione del fatto ma che non è (più) in vigore al momento del giudizio, essendo stata nel frattempo sostituita da una terza norma più severa: esattamente l'ipotesi, guarda caso, che si era verificata nel caso di specie sottoposto all'attenzione della Corte, in cui fu ravvisata la violazione dell'art. 7 CEDU per non avere lo Stato italiano applicato una legge più favorevole entrata in vigore durante il processo, ma nuovamente sostituita con una norma più severa prima della condanna definitiva. Per quale ragione mai l'imputato dovrebbe qui essere condannato ai sensi di una legge che non riflette più l'*attuale* valutazione del legislatore, e della stessa collettività, sulla gravità del fatto?³⁴

L'unica spiegazione plausibile di questa aporia è che la Corte abbia (implicitamente, e forse inconsapevolmente) inteso comunque tutelare l'*affidamento* creatosi *durante il processo* in capo all'imputato sull'applicazione della pena più mite entrata nel frattempo in vigore, onde evitare che tale affidamento venga frustrato da una terza norma che inasprisca di nuovo il trattamento sanzionatorio: una spiegazione, questa, che verosimilmente fu alla base dell'introduzione della regola della retroattività della norma penale più favorevole in molti ordinamenti nel corso dell'ottocento, in connessione con vicende normative che videro più volte abrogata e poi reintrodotta la pena capitale³⁵. L'idea di fondo è, insomma, che almeno sino alla conclusione del processo e all'esecuzione della pena l'imputato possa legittimamente (e definitivamente) *tirare un sospiro di sollievo* allorché entri in vigore una norma che stabilisca un trattamento sanzionatorio più mite, senza dover più temere (si pensi ancora alla spada di Damocle rappresentata dalla pena di morte!) il ripristino della penalità originaria nelle more della propria vicenda processuale.

Così sviluppato il (sincopato) ragionamento della Corte europea circa la *ratio* del nuovo diritto fondamentale introdotto in *Scoppola*, potrà forse plausibilmente argomentarsi sui *limiti* (per ora restati impliciti) di tale diritto, ragionando proprio sulla base di questa *ratio*: che combina, mi pare, tanto l'idea della *proporzione* della pena

³⁴ L'aporia segnalata è puntualmente messa in luce, tra gli altri, proprio da Onida, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in Bin-Brunelli-Pugiotto-Veronesi, *Ai confini del favor rei*. 2005, p. 285. Specificamente con riguardo a questo nodo – rimasto irrisolto – nella sentenza *Scoppola*, cfr. Pecorella, *Il caso Scoppola*, cit., p. 397 ss. La stessa A., proprio in considerazione dell'assenza di ragioni cogenti che inducano a ritenere che l'imputato debba beneficiare della legge intermedia più favorevole, considera *tout court* sprovvista di fondamento costituzionale la regola della sua retroattività *in bonam partem*, ed anzi ne auspica un uso eccezionale da parte del legislatore (Pecorella, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, vol. I, p. 630 ss.). Nello stesso senso De Vero, *La legge penale*, cit., p. 63.

³⁵ Cfr. ampiamente sul punto Pecorella, *Legge intermedia*, cit., p. 622 ss.

rispetto alla gravità del fatto così come percepita al momento del giudizio, quanto – in chiave ulteriormente limitativa della punibilità – l’idea del (*legittimo*) *affidamento dell’imputato* sull’applicazione della pena più mite entrata in vigore durante il processo.

Rispetto all’ipotesi della *lex intermedia illegittima*, potrebbe allora sensatamente sostenersi – concordemente con l’opinione dell’Avvocato generale Kokott nel caso *Berlusconi*³⁶, oltre che con la tesi già espressa dal Maestro cui questo scritto è dedicato³⁷ – che, anche nell’ottica dei giudici europei, non vi sarebbe ragione di applicare retroattivamente una legge la quale rifletta una *illegittima* rivalutazione della gravità del fatto da parte del legislatore; e che, per altro verso, la tutela dell’affidamento dell’imputato nell’applicazione di una legge successiva più favorevole ha senso soltanto in quanto tale affidamento venga riposto su una norma, appunto, *legittima*, non già su una norma che non avrebbe dovuto in radice essere emanata dal legislatore. Il secondo corno dell’argomento non è forse entusiasmante (dopo tutto, l’imputato non è in condizioni di sapere che la norma successiva più favorevole è illegittima sino a quando essa non venga dichiarata tale da chi di dovere); ma la tesi quanto meno potrebbe essere sottoposta – ove se ne presentasse l’occasione – alla Corte di Strasburgo, la quale sarebbe così indotta a meditare sull’opportunità di statuire un’espressa limitazione all’operatività del principio della retroattività della norma penale più favorevole, destinata appunto ad operare almeno quando tale norma sia *illegittima*.

E analogamente si potrebbe argomentare con riferimento ad altre eccezioni previste dal nostro art. 2 c.p.: ad es. in relazione alla *non applicabilità retroattiva del decreto legge non convertito contenente disposizioni più favorevoli per il reo*, sancita dalla Corte costituzionale nella propria ormai risalente sent. n. 51/1985 (non vi è ragione per applicare in favore del reo una norma che rivaluta in senso a lui favorevole la gravità di un fatto, quando tale norma non abbia ricevuto il necessario avallo del parlamento; e per converso l’imputato non è legittimato a prestare affidamento nell’applicazione in proprio favore di una norma la cui vigenza sia ancora provvisoria, sino alla definitiva conversione in legge).

Sempre, comunque, si tratterebbe per il giudice italiano – o per il governo italiano, convenuto avanti la Corte europea in relazione a una pretesa violazione dell’art. 7 CEDU – di sviluppare una strategia argomentativa mirante a *persuadere* la Corte medesima della necessità di ammettere *eccezioni* al principio statuito in maniera apparentemente perentoria in *Scoppola*, muovendosi così *all’interno della stessa logica convenzionale*: e di stimolare, semmai, la Corte europea ad abbandonare la propria laconicità, e ad articolare essa stessa motivazioni più robuste a sostegno del principio, ed eventualmente dei suoi limiti.

³⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale della Corte di giustizia CE nelle cause riunite *Berlusconi e a.* (C-387/02, C-391/02 e C-403/02), 14 ottobre 2004, §§ 158-165.

³⁷ Onida, *Retroattività*, cit., p. 285. Nello stesso senso, cfr. Scoletta, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, *ibidem*, p. 342 ss. e, ampiamente, Id., *Principe constitutionnel*, cit., p. 356 ss.

5. Qualche considerazione conclusiva sullo stato dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU

Le osservazioni sin qui svolte in relazione al tema specifico della retroattività della norma penale più favorevole, affrontato dalla Corte nella sentenza n. 236/2011, consentono ora di ampliare – giusto in chiusura di questo contributo – l’orizzonte del discorso, e di tornare così al dilemma di partenza, relativo alla natura dei rapporti tra Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte europea. Dilemma, questo, certo non solo italiano, come dimostra anche una recentissima presa di posizione sul punto della Corte costituzionale tedesca³⁸, alla quale potrò qui dedicare non più che qualche fugace cenno.

Nemmeno in questa occasione, lo si è sottolineato, la nostra Corte costituzionale imbraccia l’arma dei ‘controlimiti’; e neppure imbocca la troppo facile scappatoia di negare la portata almeno *tendenzialmente vincolante* degli orientamenti interpretativi di Strasburgo, sulla base magari del (trito) argomento secondo cui la Corte EDU sarebbe un giudice del caso concreto, che bilancia volta a volta gli interessi in gioco con esiti sostanzialmente imprevedibili. Nonostante qualche apparente concessione a questo argomento (nella sottolineatura, in particolare, della specificità del caso deciso in *Scoppola*), i nostri giudici costituzionali sanno benissimo che i loro colleghi europei tengono moltissimo alla funzione nomofilattica della propria giurisprudenza, che mira a fissare *standard* decisionali per i giudici interni dei 47 paesi membri del Consiglio d’Europa, chiamati a svolgere le funzioni di ‘primi giudici della Convenzione’ nei rispettivi ordinamenti³⁹. E ciò è tanto più evidente in una sentenza come *Scoppola*, decisa in unico grado dalla Grande camera proprio in considerazione della necessità di operare un *overruling* della giurisprudenza precedente, e di creare così nella maniera più solenne possibile un *precedente* per il futuro – per la stessa Corte, così come per i giudici nazionali.

Piuttosto, la sentenza n. 236/2011 può essere letta semplicemente come una sentenza che si limita a *interpretare* il diritto convenzionale, pacificamente assunto come parametro interposto per la valutazione della legittimità costituzionale della norma impugnata; e più in particolare ad interpretarlo *restrittivamente*, alla luce delle stesse indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, attraverso la tecnica del *distinguishing* – il caso di specie è diverso da quello deciso dal precedente perché...; *ergo*, la *ratio decidendi* di quel precedente non è applicabile nel caso di specie.

Non credo, in verità, che i giudici della Corte si riconoscerrebbero pienamente in questa mia valutazione: parlare di *distinguishing* evoca immediatamente l’idea di una

³⁸ BVerfG, sent. 2 BvR 2365/09 del 4 maggio 2011, reperibile *on line* sul sito ufficiale della Corte (www.bverfg.de).

³⁹ Sia consentito, sul punto, il riferimento a Viganò, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in Corso-Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, 2010, p. 636 ss.

subordinazione gerarchica di una corte all'altra, alla quale la corte inferiore cerca appunto di ovviare, distinguendo il caso di specie sottoposto al suo esame da un precedente pure assunto, in linea teorica, come vincolante. Non stupisce, allora, che una simile prospettiva possa essere ritenuta incompatibile con la dignità di una Corte che, a tutto concedere, si concepisce come *di pari livello* rispetto alla Corte di Strasburgo, e che anzi rivendica espressamente *l'ultima parola* sulla penetrazione degli obblighi sovranazionali nell'ordinamento interno.

Tuttavia, a me pare che la logica dell'intero sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali conduca inevitabilmente al riconoscimento che – a parte l'ipotesi per ora solo teorica dei 'controlimiti', sempre minacciati ma mai concretamente azionati – *l'ultima parola in materia di diritti fondamentali spetta in effetti alla Corte europea*: la quale è – se non altro dal punto di vista cronologico, data la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni – *l'ultimo* giudice che può essere chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione.

Relativizzare la vincolatività della giurisprudenza europea – come tenta di fare, senza troppa convinzione, la stessa sentenza n. 236/2011 – attraverso la sottolineatura di un preteso "margine di apprezzamento" in capo alla Corte costituzionale nell'adattare i *dicta* europei al contesto ordinamentale italiano, in modo che ne sia rispettata la "sostanza" (?), non muta a ben guardare una realtà magari sgradevole, ma imposta dalle concrete dinamiche processuali di tutela dei diritti fondamentali: la Corte europea sarà sempre in grado di *sindacare* la decisione della Corte costituzionale, ed eventualmente di *sconfessarla*, imponendo alla fine la *propria* valutazione sulla sussistenza o meno di una violazione convenzionale. Ciò è accaduto, significativamente, proprio in relazione alla sentenza n. 311/2009 della Corte costituzionale, nella quale è comparso per la prima volta il riferimento all'esigenza di rispettare la "sostanza" della giurisprudenza europea: ebbene, la lettura 'elastica' dei vincoli convenzionali fornita da quella sentenza è stata apertamente disattesa dalla Corte EDU nella recentissima pronuncia *Agrati e a. c. Italia*, del giugno 2011, laddove i giudici europei si limitano (spendendo sul punto non più di una riga!) a sottolineare di *non essere vincolati alle valutazioni della nostra Corte costituzionale* relative alla compatibilità con la Convenzione della disciplina legislativa italiana, che stava all'origine delle violazioni ravvisate invece in sede europea⁴⁰. Nonostante il contrario avviso della nostra Corte costituzionale, dunque, quella disciplina è stata giudicata a Strasburgo convenzionalmente illegittima; e lo Stato italiano dovrà ora sborsare fior di quattrini in favore dei ricorrenti, per riparare alla accertata violazione.

Naturalmente, tutto ciò non significa che il ruolo della Corte costituzionale, così come in generale quello dei giudici nazionali, non resti della massima rilevanza anche in relazione all'interpretazione e applicazione nell'ordinamento interno delle garanzie convenzionali; ma tale ruolo potrà essere adempiuto con successo solo ove sia accompagnato dalla costante *preoccupazione* – esplicitata proprio in questi termini dalla

⁴⁰ Corte EDU, *Agrati e a. c. Italia*, sent. 7 giugno 2011 (ric. n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09), § 62.

Corte costituzionale tedesca nella sentenza poc'anzi menzionata⁴¹ – *di evitare condanne prevedibili dello Stato italiano in sede europea*. Si tratterà allora, anche per la nostra Corte costituzionale, di sforzarsi di elaborare buoni argomenti, in grado di fare breccia su quello che resterà pur sempre il *giudice ultimo* delle violazioni dei diritti fondamentali; riservando l'arma estrema dei 'controlimiti' a quei soli casi, per ora solo teorici, in cui gli obblighi europei, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, dovessero imporre intollerabili sacrifici a valori e principi davvero essenziali per il nostro ordinamento – come, per riprendere ancora una volta un argomento della Corte costituzionale tedesca, nel caso di *conflitto tra più diritti fondamentali*, diversamente risolti in sede interna e internazionale⁴².

Anziché mostrare i muscoli, converrà insomma ai nostri giudici costituzionali – sulla scia di quanto in effetti già hanno fatto con la sentenza qui commentata, al di là di qualche equivoca enunciazione di principio – impegnarsi direttamente nell'*interpretazione* delle *norme* della Convenzione, e nell'*interpretazione* della stessa *giurisprudenza* europea formatasi su quelle norme, assunte l'una e l'altra come parametri interposti di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.: anche con l'obiettivo di influire su tale giurisprudenza, esplicitandone i passaggi inespressi e individuando possibili sotto-regole ed eccezioni, che la Corte EDU potrà alla fine recepire e fare proprie. Il tutto attraverso una strategia argomentativa *persuasiva* anziché semplicemente *assertiva*: senza la quale qualsiasi prospettiva di un (reale) dialogo tra le due giurisprudenze, tante volte teorizzato dalla dottrina italiana, sarebbe destinata al sicuro fallimento.

⁴¹ BVerfG, sent. 2 BvR 2365/09 del 4 maggio 2011, cit., § 82.

⁴² BVerfG, sent. 2 BvR 2365/09 del 4 maggio 2011, cit., § 93.